

LATURA OBIECTIVĂ A INFRAȚIUNII DE LIMITARE A CONCURENȚEI LIBERE (art.246 CP RM)

Sorin TIMOFEI

Catedra Drept Penal și Criminologie

This study aims to investigate the objective side of the offence of limiting free competition. It is pointed out that the prejudice act, specified at art.246 CP RM, can only materialize in: a monopolistic activity, stated in the anti-competition agreement between the economical agents, within the meaning of art.7 of the Law on Protection of Competition; an agreement between a government authority and an economical agent, within the meaning of par.(4) art.9 of the Law on Protection of Competition. It is argued that anti-competition actions, listed at art.5 of the Law on Protection of Competition (excepting monopolistic activity, stated in the anti-competition agreement between the economical agents, within the meaning of art.7 of the Law on Protection of Competition), and the agreement between a government authority and an economical agent (within the meaning of par.(4) art.9 of the Law on Protection of Competition), attract responsibility under other rules than art.246 PC RM. In such cases, is applicable art.247, 327 or 328 PC RM. It is shown that the same relevant market forms the environment of the offense provided by art.246 PC RM. It is proved that only patrimonial prejudice may be taken into account in assessing prejudice consequences committed by limiting free competition perpetration.

Latura obiectivă a infracțiunii prevăzute la art.246 CP RM are următoarea structură:

1) fapta prejudiciabilă care constă în acțiunea de limitare a concurenței libere prin încheierea unui acord ilegal care prevede diviziunea pieței, limitarea accesului la piață, cu înlăturarea altor agenți economici, majorarea sau menținerea prețurilor unice;

2) urmările prejudiciabile, și anume: obținerea unui profit în proporții deosebit de mari sau cauzarea daunelor în proporții deosebit de mari unei terțe persoane;

3) legătura cauzală dintre fapta prejudiciabilă și urmările prejudiciabile;

4) ambianța infracțiunii, și anume: aceeași piață relevantă.

În ce privește forma sub care se poate manifesta atingerea adusă libertății concurenței, aceasta este desemnată prin noțiunea „acord ilegal”. În alți termeni, **fapta prejudiciabilă** specificată la art.246 CP RM se poate concretiza numai în:

– activitatea monopolistă, exprimată în acordul anticoncurență dintre agenții economici, în sensul art.7 al Legii cu privire la protecția concurenței;

– acordul dintre o autoritate a administrației publice și un agent economic, în sensul alin.(4) art.9 al Legii cu privire la protecția concurenței.

Or, conform art.5 al Legii Republicii Moldova cu privire la protecția concurenței, la acțiunile anticoncurență se raportează:

a) activitatea monopolistă:

– abuzul de situația dominantă pe piață;

– acordul anticoncurență dintre agenții economici;

b) concurența neloială;

c) activitatea autorităților administrației publice de limitare a concurenței.

Din aceste tipuri de acțiuni anticoncurență, în art.246 CP RM se are în vedere, în primul rând, numai activitatea monopolistă sub forma acordului anticoncurență dintre agenții economici. Aceasta rezultă din alin.(1) art.7 al Legii cu privire la protecția concurenței. Potrivit acestuia, este interzis orice acord încheiat sub orice formă între agenții economici concurenți care dețin în comun o parte de peste 35% pe piața unei anumite mărfi, dacă aceste acorduri au sau pot avea drept rezultat limitarea concurenței, inclusiv dacă sunt îndreptate spre:

a) stabilirea (menținerea) de prețuri (tarife), rabaturi, adaosuri (suplimente) pentru a leza interesele concurenților;

b) majorarea, reducerea sau menținerea prețurilor la licitații;

c) efectuarea de licitații prin înțelegere secretă;

d) divizarea pieței după principiul teritorial sau în funcție de volumul vânzărilor sau achizițiilor, de sortimentul mărfurilor comercializate sau de categoria vânzătorilor ori a cumpărătorilor (beneficiarilor);

- e) eliminarea producției, livrării, inclusiv prin stabilirea de cote;
- f) limitarea accesului pe piață, înlăturarea de pe piață a altor agenți economici în calitatea lor de vânzători de anumite mărfuri sau înlăturarea cumpărătorilor (beneficiarilor) lor;
- g) renunțarea nemotivată la încheierea de contracte cu anumiți vânzători sau cumpărători (beneficiari).

În al doilea rând, sub incidența art.246 CP RM intră orice acord dintre o autoritate a administrației publice și un agent economic, care împiedică dezvoltarea concurenței și care lezează interesele legitime ale consumatorului, inclusiv acordul care urmărește finalitățile nominalizate la lit.a)-c) alin.(4) art.9 al Legii cu privire la protecția concurenței.

În ce privește activitatea monopolistă sub forma abuzului de situația dominantă pe piață, considerăm că, în acest caz, nu poate fi aplicat art.246 CP RM. În schimb, poate fi aplicat art.247 CP RM „Constrângerea de a încheia o tranzacție sau de a refuza încheierea ei” – în cazul acțiunilor agentului economic cu o situație dominantă pe piață, precum și a acțiunilor mai multor agenți economici ce dețin în comun o astfel de situație care duc sau care pot duce la limitarea concurenței și (sau) la lezarea intereselor unor alți agenți economici, precum și ale persoanelor fizice, inclusiv prin: constrângerea contragentului de a încheia contract doar cu condiția procurării (vânzării) unor altor mărfuri sau a renunțării de a procura mărfuri de la alți agenți economici, sau a vinderii de mărfuri către alți agenți economici sau consumatori (lit.b) art.6 al Legii cu privire la protecția concurenței); renunțarea neîntemeiată la încheierea de contract cu unii cumpărători (beneficiari) atunci când există posibilitatea producerii sau livrării mărfurilor respective (lit.i) art.6 al Legii cu privire la protecția concurenței). Desigur, pentru angajarea răspunderii conform art.247 CP RM este necesar ca oricare din acțiunile menționate mai sus să fie însoțite de amenințarea cu aplicarea violenței, amenințarea cu nimicirea sau deteriorarea bunurilor ori de amenințarea cu răspândirea unor informații care ar cauza daune considerabile drepturilor și intereselor ocrotite de lege ale persoanei sau ale rudelor ei apropiate, de violență, nimicirea sau deteriorarea bunurilor.

În context, prezintă interes poziția lui I.A. Klepički. Dânsul include infracțiunea de constrângere de a încheia o tranzacție sau de a refuza încheierea ei în rândul infracțiunilor săvârșite în sfera de asigurare a libertății și loialității concurenței. În același timp, acest autor, atunci când face clasificarea numitelor infracțiuni, nu include constrângerea de a încheia o tranzacție sau de a refuza încheierea ei nici în categoria de infracțiuni care atentează la libertatea concurenței, nici în cea de infracțiuni care atentează la loialitatea concurenței: „Obiectul juridic special al acestei infracțiuni depășește cadrul relațiilor care asigură libertatea concurenței. Această infracțiune aduce atingere libertății persoanei, sub aspectul libertății consimțământului” [1]. Considerăm că există o diferență de esență dintre libertatea concurenței și libertatea consimțământului. Din art.246 CP RM reiese că victima nu este parte a acordului anticoncurență, deci nu i se cere să-și manifeste consimțământul. Din contra, după cum afirmă, pe bună dreptate, D.Moiseev, de esența infracțiunii prevăzute la art.247 CP RM ține faptul că victima este constrânsă să încheie o tranzacție sau să refuze încheierea ei; deci, îi este afectată libertatea consimțământului [2].

De asemenea, calificarea nu poate fi făcută conform art.246 CP RM, dacă acțiunile anticoncurență se exprimă în activitatea autorităților administrației publice de limitare a concurenței (excepție constituie cazul încheierii acordului anticoncurență dintre o autoritate a administrației publice și un agent economic). Într-o astfel de ipoteză, trebuie aplicată răspunderea pentru abuzul de putere sau abuzul de serviciu (art.327 CP RM) sau pentru excesul de putere sau depășirea atribuțiilor de serviciu (art.328 CP RM). Această soluție este valabilă și în ipoteza acțiunilor interzise în conformitate cu alin.(4) art.9 din Legea cu privire la protecția concurenței, constând în încheierea acordului dintre o autoritate a administrației publice și o altă autoritate similară, inclusiv străină, care împiedică dezvoltarea concurenței și care lezează interesele legitime ale consumatorului, inclusiv acordul care urmărește:

- a) majorarea, reducerea sau menținerea prețurilor și tarifelor;
- b) divizarea pieței după principiul teritorial sau în funcție de volumul vânzărilor sau achizițiilor, de sortimentul mărfurilor comercializate sau de categoria vânzătorilor ori a consumatorilor (beneficiarilor);
- c) crearea de bariere ieșirii pe piață, limitarea accesului pe piață sau înlăturarea de pe piață a agenților economici.

Aceste acțiuni pot fi săvârșite numai de persoanele cu funcție de răspundere din cadrul autorităților administrației publice centrale sau locale. Tocmai din această cauză se impune calificarea conform art.327 sau art.328 CP RM. Ignorarea acestui aspect ar însemna subestimarea pericolozității sociale a subiectului infracțiunii și, implicit, a pericolului social al faptei săvârșite.

În concluzie, acțiunile anticoncurență, enumerate în art.5 al Legii cu privire la protecția concurenței (cu excepția activității monopoliste, exprimate în acordul anticoncurență dintre agenții economici (în sensul art.7 al Legii cu privire la protecția concurenței), precum și a acordului dintre o autoritate a administrației publice și un agent economic (în sensul alin.(4) art.9 al Legii cu privire la protecția concurenței), atrag răspunderea în baza altor norme decât art.246 CP RM. În astfel de ipoteze, sunt aplicabile art.247, 327 sau 328 CP RM. Aceasta pentru că, în dispoziția art.246 CP RM legiuitorul utilizează formularea „cu înlăturarea altor agenți economici”. Reiese că cel puțin una din părțile acordului ilegal, încheiat în condițiile prevăzute la art.246 CP RM, trebuie să fie agent economic.

În alt context, este de menționat că în Legea cu privire la protecția concurenței nu găsim o definiție a noțiunii „acord”. Pentru comparație, în pct.18) art.4 al Legii federale a Federației Ruse din 26.07.2006 cu privire la protecția concurenței prin „acord” se înțelege o convenție în formă scrisă, care se conține într-un singur document sau în mai multe documente, ori o convenție în formă verbală [3].

Totuși, în sensul art.246 CP RM, noțiunea „acord” nu poate fi înțeleasă *lato sensu*, deoarece ar însemna să includă orice fel de înțelegere, indiferent de finalitatea acesteia. Or, în opinia, justă, a lui J.Azema, „în dreptul concurenței, termenul „acord” implică un conținut mai precis și nu poate să vizeze decât înțelegerile și practicile al căror obiect sau efect ar fi anticoncurențial” [4].

În alt context, atragem atenția că în Legea cu privire la protecția concurenței noțiunea „acord” este secundată de noțiunea „acțiune coordonată”, postată în paranteze. Considerăm deloc întâmplătoare această manieră de descriere. Or, noțiunea „acțiune coordonată” este corespondentă cu noțiunea „practică concertată”, utilizată în art.81 al Tratatului stabilind Comunitatea Europeană (TCE). În literatura de specialitate se explică: practica concertată reprezintă manifestarea unor agenți economici concurenți care, în absența oricărei înțelegeri între ei, adoptă un comportament similar pe piața relevantă, comportament ce are ca obiect sau poate avea ca efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenței [5].

Totuși, în art.246 CP RM nu se recurge la sinonimia „acord (acțiune coordonată)”. Pentru a nu admite interpretarea extensivă defavorabilă a legii penale, vom consemna că, în sensul art.246 CP RM, noțiunea „acord” nu include înțelesul de acțiune coordonată (practică concertată). Din perspectiva alinierii legislației autohtone la cadrul normativ comunitar, recomandăm modificarea art.246 CP RM, astfel încât în locul termenului „acord” să se folosească locuțiunea „acordurile între societăți, deciziile luate de asociații ale societăților și practicile concertate”. Această locuțiune, utilizată în art.81 TCE, a fost preluată și de legiuitorul român, pentru descrierea infracțiunii prevăzute la art.60 din Legea României nr.21/1996. Până la o asemenea eventuală modificare a art.246 CP RM, vom înțelege noțiunea „acord” ca fiind: convenție în formă scrisă, care se conține într-un singur document sau în mai multe documente, ori o convenție în formă verbală, al cărei obiect sau efect ar fi anticoncurențial.

În sensul art.246 CP RM, acordul se poate concretiza în forme dintre cele mai variate, precum vânzarea-cumpărarea, locațiunea, licența de brevete sau de mărci, concesiunea exclusivă, contractul de societate etc. Așadar, se au în vedere convențiile bilaterale (care presupun manifestarea de voință concordantă a două părți), precum și convențiile multilaterale (care presupun manifestarea de voință a trei sau mai multe părți). Or, nici art.246 CP RM, nici Legea cu privire la protecția concurenței nu prevăd numărul părților la acord care trebuie să aibă un comportament similar. În opinia noastră, nu numărul părților este important, ci capacitatea acestora de a provoca, prin coordonarea comportamentului lor pe piață, posibilitatea afectării mediului concurențial normal.

În funcție de poziția economică în care se află părțile, distingem două tipuri ale acordului anticoncurență: acordul orizontal și acordul vertical. În cazul acordului orizontal, cei care îl încheie se situează la același nivel al procesului economic (de exemplu, producătorii unei mărfi similare sau distribuitorii de mărfuri asemănătoare, alcătuind piața relevantă în cauză). Se raportează la acest tip: acordurile de specializare; acordurile de producție; acordurile de comercializare etc.

În ipoteza acordului vertical, făptuitorii își desfășoară activitatea pe trepte economice diferite. În doctrina economică sunt exemplificate asemenea acorduri prin refuzul producătorului de a mai negocia cu distribuitorul, impunerea prețului de revânzare de către producător (distribuitorul fiind împiedicat să-și fixeze propriul adaos), vânzarea legată (prin care producătorul îl forțează pe distribuitor să preia mai multe bunuri decât are nevoie) și altele [6].

Deosebiri existente între diferitele tipuri și categorii de acorduri anticoncurențiale nu au importanță la calificarea faptei conform art.246 CP RM. Ceea ce contează este finalitatea monopolistă urmărită de către făptuitori. Această finalitate se raportează la scopul infracțiunii de limitare a concurenței libere.

După această digresiune, este cazul de menționat că atât pentru acordul orizontal, cât și pentru acordul vertical, este comună producerea de efecte în cadrul aceleiași piețe relevante.

Mai sus am menționat că aceeași piață relevantă formează **ambianța** infracțiunii prevăzute la art.246 CP RM. Asume ambianța, dar nu locul săvârșirii, așa cum consideră unii autori [7]. Că este așa reiese chiar din conținutul legii. Astfel, în art.2 al Legii cu privire la protecția concurenței se stabilește că piața de mărfuri reprezintă sfera de circulație a mărfurilor cu aceeași valoare de consum pe teritoriul Republicii Moldova. În mod similar, la pct.4) art.4 al Legii federale a Federației Ruse din 26.07.2006 cu privire la protecția concurenței, prin „piață de mărfuri” se înțelege sfera de circulație a mărfurilor (inclusiv a celor de producție străină), care nu pot fi substituite prin alte mărfuri, ori a mărfurilor interschimbabile, în ale cărei limite (inclusiv geografice), reieșind din criterii de ordin economic, tehnic sau de alt gen, consumatorul poate achiziționa mărfurile, lipsindu-i această posibilitate dincolo de acele limite.

Are dreptate I.Moscalciuc când menționează: „Piața nu poate fi percepută ca un loc în care titularii ofertei și titularii cererii se caută și se găsesc unii pe alții. De exemplu, piața produselor și serviciilor Internet nu poate fi prin excelență localizată în spațiu” [8]. Sub acest aspect, nu putem fi de acord cu V.N. Kudreavțev, care consideră că ambianța infracțiunii include locul, timpul și alte condiții concrete de săvârșire a infracțiunii [9]. Nu putem fi de acord nici cu A.G. Vasiliadi, care include în ambianța infracțiunii: 1) locul comiterii infracțiunii; 2) timpul săvârșirii infracțiunii; 3) persoana; 4) entitățile materiale; 5) factorii climatici, alți factori naturali sau factori de alt gen [10]. Dacă ambianța infracțiunii ar avea o asemenea alcătuire, nu ar avea sens să fie defalcată în calitate de semn secundar distinct al laturii obiective a infracțiunii. Nu putem agreea nici opinia că ambianța infracțiunii include într-o anumită măsură atitudinea făptuitorului față de victimă [11]. Ambianța infracțiunii este un semn al laturii obiective, iar atitudinea făptuitorului față de victimă poartă un caracter subiectiv.

De aceea, subscriem celor menționate de V.B. Malinin: ambianța infracțiunii este ansamblul factorilor, specificați în lege sau decurgând din textul acesteia, care alcătuiesc anturajul, mediul exterior, situația, în ale cărei condiții se săvârșeste infracțiunea și care, în legătură cu aceasta, obține relevanță juridico-penală [12].

O piață relevantă cuprinde o marfă sau un grup de mărfuri și sfera, anturajul, mediul exterior, situația în care acestea se produc/comercializează sau se achiziționează. Piața relevantă reprezintă piața pe care se desfășoară concurența și care este utilizată pentru identificarea mărfurilor și agenților economici care se află în concurență directă în afaceri. Piața relevantă este, deci, piața pe care se desfășoară concurența. Prin natura ei, concurența nu poate să se desfășoare decât între producătorii și comercianții care produc sau comercializează mărfuri identice sau asemănătoare și care, implicit, sunt substituibile sau interschimbabile, potrivit necesităților consumatorilor. Astfel, nu poate exista concurență între producătorii de automobile și cei de locomotive, deși ambele mijloace au aceeași destinație – de a fi folosite pentru transporturi. Concurența poate exista numai între producătorii de automobile (sau numai între producătorii de locomotive), indiferent de capacitatea, designul sau alte caracteristici ale acestora.

Asume în astfel de condiții își dovedește relevanța juridico-penală ambianța infracțiunii prevăzute la art.246 CP RM.

În cele ce urmează ne vom focaliza atenția asupra **urmărilor prejudiciabile** ale infracțiunii prevăzute la art.246 CP RM.

Înainte de operarea amendamentelor din 18.12.2008, se putea susține că infracțiunea analizată este una formală, considerându-se consumată din momentul încheierii acordului anticoncurență, însoțite de aplicarea violenței. Prin aceasta, se promova concepția consacrată, de exemplu, în legislația antimonopol a SUA, conform căreia urmează a fi pus sub interdicție monopolismul infracțional în sine (*per se*), indiferent de consecințele pe care le-ar putea produce [13]. Însă, în literatura de specialitate a fost exprimată opinia potrivit căreia numai atunci este rezonabilă aplicarea răspunderii penale pentru manifestări monopoliste, când se cauzează anumite urmări prejudiciabile [14].

Recunoaștem că această opinie este în consonanță cu tendința de umanizare a politicii punitive a statului, care transpare din amendamentele operate la 18.12.2008. Totodată, remarcăm anumite inexactități în Nota informativă la proiectul de Lege pentru modificarea și completarea Codului penal al Republicii Moldova

(elaborată de Ministerul Justiției), inexactități care au denaturat oportunitatea transformării infracțiunii de limitare a concurenței libere din infracțiune formală în infracțiune materială: „Luând în calcul prevederile art.23 al Legii cu privire la protecția concurenței, pentru încălcarea legislației cu privire la protecția concurenței, agenții economici și conducătorii lor, factorii de decizie din autoritățile publice locale poartă răspundere în conformitate cu Codul cu privire la contravențiile administrative. Iar prejudiciile cauzate de un agent economic unui alt agent economic sau altor persoane prin încălcarea prezentei legi urmează să fie reparate, în conformitate cu Codul civil, de agentul economic care le-a cauzat. Astfel, pentru o încălcare simplă a concurenței în mod normal survine răspunderea contractuală sau cea contravențională. Nu se poate aplica în același timp și răspunderea penală pentru aceeași faptă. Din aceste considerente, propunem completarea dispoziției art.246 CP RM cu rezultatul care trebuie obținut de pe urma săvârșirii infracțiunii, ca aceasta să fie calificată drept infracțiune. Deci, limitarea concurenței libere va fi infracțiune doar atunci când în urma acțiunilor respective s-ar obține un profit în proporții deosebit de mari sau dacă au fost cauzate daune în proporții deosebit de mari unei terțe persoane” [15].

Obiectând, vom afirma că autorii Notei informative ar fi trebuit să cunoască că în Codul cu privire la contravențiile administrative, adoptat de Sovietul Suprem al RSS Moldovenești la 29.03.1985 [16], nu a existat niciodată o normă complementară cu art.246 CP RM. Nu poate fi considerat având o asemenea calitate art.174³ al Codului cu privire la contravențiile administrative. Or, această normă a stabilit răspunderea pentru eschivarea de la executarea sau neexecutarea la timp a dispozițiilor organului de stat de reglementare antimonopolistă, precum și pentru neprezentarea informației sau pentru prezentarea unei informații vădit neveridice (false) organului de stat de reglementare antimonopolistă. De asemenea, nici în Codul contravențional nu există o normă complementară cu art.246 CP RM.

Rezultă că nu este sancționată contravențional fapta de limitare a concurenței libere, în cazul în care aceasta nu implică nici obținerea unui profit în proporții deosebit de mari, nici cauzarea unei daune în proporții deosebit de mari unei terțe persoane. Această discontinuitate în planul răspunderii juridice pentru limitarea concurenței libere nu poate să nu ridice semne de întrebare.

De asemenea, nu este clar, de ce anume proporțiile deosebit de mari, și nu proporțiile mari au fost alese pentru a desemna limita minimă a urmărilor prejudiciabile în cazul infracțiunii prevăzute la art.246 CP RM? S-ar putea crea impresia că doar întreprinderile mari, a căror activitate este caracterizată prin cifre de afaceri mari, ar fi luate în considerație printr-o asemenea manieră de descriere a urmărilor prejudiciabile. Dar cum rămâne cu întreprinderile mici și microîntreprinderile, care se preconizează să constituie nucleul economiei naționale în Republica Moldova?

În legătură cu aceasta, odată ce nu există răspundere contravențională pentru limitarea concurenței libere, nu este clară nici natura amenzilor despre care se menționează în art.26 al Legii cu privire la protecția concurenței:

– amenzile pe care ANPC le aplică agenților economici, conducătorilor lor, factorilor de decizie se percep la buget (alin.(4));

– în cazul în care conducătorii agentului economic sau factorii de decizie ai autorității administrației publice se eschivează de la plata amenzii sau amenda este plătită în proporții mai mici decât cele menționate în decizie (dispoziție), ANPC are dreptul să intenteze o acțiune în instanța judecătorească pentru perceperea la buget a amenzii (alin.(5)).

Or, sancțiunea de la art.246 CP RM prevede și ea aplicarea amenzii. În aceste condiții, ar fi inadmisibilă aplicarea pentru aceeași faptă a amenzii penale și a celei prevăzute la art.26 al Legii cu privire la protecția concurenței.

Toate aceste inadvertențe și curențe ne îndeamnă să propunem operarea următoarelor amendamente în legislație:

- 1) în art.246 CP RM, cuvintele „proporții deosebit de mari” să fie substituite prin cuvintele „proporții mari”;
- 2) în Codul contravențional, într-un articol aparte – art.311¹ – să se stabilească răspunderea pentru limitarea concurenței libere, în cazul în care fapta nu întrunește elementele unei infracțiuni;
- 3) în Codul contravențional, într-un articol aparte – art.423¹ – să se stabilească că contravenția prevăzută la art.311¹ al Codului contravențional se constată de Agenția Națională pentru Protecția Concurenței (ANPC);
- 4) în Legea cu privire la protecția concurenței, în art.26, să fie excluse alineatele (4) și (5).

În eventualitatea adoptării acestor remanieri legislative, se va respecta concepția potrivit căreia fapta contravențională este considerată o faptă de natură penală, indiferent de calificarea existentă în dreptul intern [17].

Or, în cuprinsul hotărârii, pronunțate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauza *Öztürk contra Germaniei*, s-a statuat că și contravenția este o faptă de natură penală (infracțiune), în sensul art.6 din Convenția europeană a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului [18]. Nu este clar dacă se poate susține că este o faptă de natură penală fapta care atrage aplicarea amenzii în baza art.26 al Legii cu privire la protecția concurenței. Tocmai în scopul unei clarificări a acestei probleme, am propus mai sus perfecționarea cadrului legislativ.

În afară de aceasta, efectul benefic al contravenționalizării limitării concurenței libere, în cazul în care fapta nu întrunește elementele unei infracțiuni, va consta în aceea că se va exclude orice posibilitate ca, pentru aceeași faptă anticoncurențială, să se aplice amenda penală și amenda prevăzută la art.26 al Legii cu privire la ocrotirea concurenței.

În continuare, vom analiza fiecare din cele două urmări prejudiciabile specificate în dispoziția art.246 CP RM:

- 1) obținerea unui profit în proporții deosebit de mari;
- 2) cauzarea daunelor în proporții deosebit de mari.

Cât privește prima dintre urmările prejudiciabile, suntem de acord cu O.O. Dudorov că profitul în urma săvârșirii limitării concurenței libere poate fi obținut mai ales ca urmare a: obligării victimei să achiziționeze, pe lângă marfa de care are nevoie, o altă marfă care nu-i este utilă; impunerii victimei a unor prețuri mai puțin favorabile decât cele practicate de obicei; percepției de la victimă a unui comision discriminatoriu etc. [19]

Considerăm că termenul „profit”, utilizat în art.246 CP RM, are același înțeles cu termenul „profit”, folosit în art.241 „Practicarea ilegală a activității de întreprinzător” din Codul penal. În acest sens, sunt aplicabile definițiile noțiunii de profit, formulate în contextul examinării infracțiunii prevăzute la art.241 CP RM: profitul provine din diferența dintre venitul obținut de întreprinzător și costul de producție al acestuia [20]; venitul total minus cheltuielile aferente obținerii acestuia va fi considerat profit [21].

Există o confirmare normativă a acestor puncte de vedere. Astfel, în pct.6 al Compartimentului I „Impozitul pe venit din activitatea de întreprinzător” al Capitolului II „Impozitul pe venit” al Anexei nr.2 la Ordinul nr.440 din 12.07.2007 al Inspectoratului Fiscal Principal de Stat privind aprobarea Declarației (darea de seamă fiscală unificată) se stabilește: „În rândul 010 „Profitul (pierderi) obținut în perioada gestionară până la impozitare” se indică rezultatul obținut, conform datelor evidenței financiare (profit, pierderi), până la impozitare, prin diferența dintre suma totală a veniturilor constatate în contabilitatea financiară, conform prevederilor Standardelor Naționale de Contabilitate (SNC), care se determină ca suma costurilor din clasa VI „Venituri”, și suma totală a cheltuielilor constatate în contabilitatea financiară, în conformitate cu prevederile SNC, care se determină ca suma conturilor din clasa VII „Cheltuieli”.” [22]

Considerăm că nu există temeiuri ca aceeași metodologie să nu fie aplicată în vederea stabilirii obținerii unui profit în proporții deosebit de mari, ca urmare prejudiciabilă a infracțiunii prevăzute la art.246 CP RM.

În alt context, cea de-a doua urmare prejudiciabilă a infracțiunii de limitare a concurenței libere se exprimă în cauzarea daunelor în proporții deosebit de mari. Reieșind din prevederile alin.(1) art.126 CP RM, se are în vedere valoarea pagubei pricinuite de o persoană sau de un grup de persoane, care, la momentul săvârșirii infracțiunii, depășește 5000 unități convenționale de amendă.

Care este conținutul daunelor cauzate în urma săvârșirii limitării concurenței libere? Formulăm această întrebare, întrucât în literatura de specialitate a fost exprimat punctul de vedere, potrivit căruia prejudiciul moral ar trebui luat în considerație la calificarea infracțiunilor economice [23].

Nu putem agree această poziție. Argumentând, vom consemna că la alin.(1) art.1422 din Codul civil se prevede: „În cazul în care persoanei i s-a cauzat un prejudiciu moral (suferințe fizice sau psihice) prin fapte ce atentează la drepturile ei personale nepatrimoniale, precum și în alte cazuri prevăzute de legislație, instanța de judecată are dreptul să oblige persoana responsabilă la reparația prejudiciului prin echivalent bănesc.” În afară de aceasta, în pct.3 al Hotărârii Plenului Curții Supreme de Justiție „Cu privire la aplicarea de către instanțele de judecată a legislației ce reglementează repararea prejudiciului moral”, nr.9 din 09.10.2006, se explică: „Prin noțiunea de prejudiciu moral se înțelege suferințele psihice sau fizice cauzate prin acțiuni sau omisiuni care atentează la valorile nepatrimoniale ce aparțin persoanei din momentul nașterii, sau la bunurile dobândite prin lege (viața, sănătatea, demnitatea și reputația profesională, inviolabilitatea vieții personale, secretul de familie și personal), prin fapte ce atentează la drepturile persoanele nepatrimoniale (dreptul de a folosi propriul nume, dreptul de autor)” [24]. Reiese că suferințele – de ordin fizic sau psihic – sunt cele care, în esență, reprezintă prejudiciul moral.

În principiu, se poate admite că, în rezultatul săvârșirii infracțiunii prevăzute la art.246 CP RM, victimei i-au fost cauzate suferințe fizice sau psihice. Totuși, nici în Legea cu privire la protecția concurenței, nici, cu atât mai puțin, în Codul penal nu este reglementată repararea prejudiciului moral. Iar această cerință este una obligatorie, după cum reiese din alin.(1) art.1422 al Codului civil.

În afară de aceasta, nu trebuie de uitat că, în acord cu regula previzibilității legii penale, ca aspect al principiului legalității incriminării, mărimea prejudiciului cauzat prin infracțiune trebuie să fie prevăzută de făptuitor. În această privință, are dreptate I.Botezatu când afirmă: „Prevederea de către făptuitor a urmărilor prejudiciabile este o condiție obligatorie, stabilită expres la art.17 CP RM pentru toate infracțiunile săvârșite cu intenție. Nu poate satisface această condiție prejudiciul moral. Acest prejudiciu nu poate fi nici obiectiv, nici concret, nici conștientizat de către făptuitor” [25].

În concluzie, numai prejudiciul patrimonial poate fi luat în considerație la aprecierea urmărilor prejudiciabile produse ca urmare a săvârșirii limitării concurenței libere. La calificarea faptei în conformitate cu art.246 CP RM nu poate fi reținut prejudiciul moral.

Totodată, la calcularea cuantumului prejudiciului patrimonial, survenit ca urmare a săvârșirii limitării concurenței libere, trebuie să se ia în considerație atât prejudiciul patrimonial efectiv, cât și venitul ratat. În cazul prejudiciului patrimonial efectiv, masa patrimonială a victimei se reduce în aceeași proporție în care sporește masa patrimonială a făptuitorului. În cazul veniturului ratat, masa patrimonială a victimei nu sporește în proporția în care făptuitorul se eschivează să-și execute obligațiile pecuniare respective. Important este ca, în ipoteza cauzării veniturului ratat, să se respecte regula previzibilității legii penale, despre care s-a relatat mai sus. În această ordine de idei, este utilă reproducerea opiniei lui C.Bîrsan: „Previzibilitatea legii nu împiedică persoana în cauză să recurgă la sfaturi lămuritoare, pentru a evalua în mod rezonabil, după circumstanțele cauzei, consecințele ce pot rezulta dintr-un act determinat, cu atât mai mult cu cât este vorba, spre exemplu, de profesioniști obișnuiți a face dovadă de o mare prudență în exercițiul profesiei lor, astfel că este normal a se aștepta ca ei să dovedească o grijă deosebită în a evolua riscurile pe care le comportă o anumită activitate” [26].

Reiese că, la aprecierea veniturului ratat, condiționat de săvârșirea limitării concurenței libere, poate fi luat în considerație numai prejudiciul previzibil pentru orice persoană sfătuită de un om de specialitate (de exemplu, de un expert în dreptul antimonopol, de un expert economist etc.). Dimpotrivă, la calificarea faptei conform art.246 CP RM, nu pot fi luate în considerație beneficiile ce pot crește exponențial și inconstant, depinzând de fluctuațiile pieței. Deci, care comportă o evoluție imprevizibilă care nu poate fi prognozată nici de către oamenii de specialitate. Recuperarea beneficiilor de o asemenea natură poate fi făcută în cadrul unui proces civil. Cât privește aspectul penal, respectivele beneficii nu pot alcătui urmările prejudiciabile survenite ca urmare a săvârșirii limitării concurenței libere.

Printre semnele obligatorii ale laturii obiective a infracțiunii prevăzute la art.246 CP RM se numără și **legătura causală** dintre fapta prejudiciabilă și urmările prejudiciabile. Va exista această legătură causală, dacă fapta prejudiciabilă, descrisă în dispoziția art.246 CP RM, se înscrie în antecedenta causală de obținere a profitului în proporții deosebit de mari sau de cauzare a daunelor în proporții deosebit de mari, în calitate de condiție necesară în producerea acestor urmări.

În alți termeni, în cazul infracțiunii de limitare a concurenței libere, legătura causală își atestă prezența dacă:

- 1) fapta prejudiciabilă corespunzătoare a precedat obținerea profitului în proporții deosebit de mari sau cauzarea daunelor în proporții deosebit de mari;
- 2) respectiva faptă prejudiciabilă a fost cauza necesară producerii urmărilor prejudiciabile sus-menționate;
- 3) fapta prejudiciabilă, descrisă în dispoziția art.246 CP RM, a creat un pericol real de obținere a profitului în proporții deosebit de mari sau de cauzare a daunelor în proporții deosebit de mari;
- 4) respectiva faptă prejudicială a transformat posibilitatea producerii urmărilor prejudiciabile sus-menționate în realitate.

În legătură cu cele evocate în privința laturii obiective a infracțiunii prevăzute la art.246 CP RM se impun următoarele **concluzii**:

- 1) fapta prejudiciabilă specificată la art.246 CP RM se poate concretiza numai în:
 - activitatea monopolistă, exprimată în acordul anticoncurență dintre agenții economici, în sensul art.7 al Legii cu privire la protecția concurenței;
 - acordul dintre o autoritate a administrației publice și un agent economic, în sensul alin.(4) art.9 al Legii cu privire la protecția concurenței;

2) acțiunile anticoncurență, enumerate în art.5 al Legii cu privire la protecția concurenței, cu excepția activității monopoliste, exprimate în acordul anticoncurență dintre agenții economici (în sensul art.7 al Legii cu privire la protecția concurenței), precum și a acordului dintre o autoritate a administrației publice și un agent economic (în sensul alin.(4) art.9 al Legii cu privire la protecția concurenței), atrag răspunderea în baza altor norme decât art.246 CP RM. În astfel de ipoteze, sunt aplicabile art.247, 327 sau 328 CP RM. Aceasta pentru că în dispoziția art.246 CP RM legiuitorul utilizează formularea „cu înlăturarea altor agenți economici”. Reiese că cel puțin una din părțile acordului ilegal, încheiat în condițiile prevăzute la art.246 CP RM, trebuie să fie agent economic;

3) în sensul art.246 CP RM, prin „acord” se înțelege convenția în formă scrisă, care se conține într-un singur document sau în mai multe documente, ori o convenție în formă verbală, al cărei obiect sau efect ar anticoncurențial;

4) aceeași piață relevantă formează ambianța infracțiunii prevăzute la art.246 CP RM. Piața relevantă reprezintă piața pe care se desfășoară concurența și care este utilizată pentru identificarea mărfurilor și agenților economici ce se află în concurență directă în afaceri;

5) numai prejudiciul patrimonial poate fi luat în considerație la aprecierea urmărilor prejudiciabile produse ca urmare a săvârșirii limitării concurenței libere. La aprecierea venitului ratat, condiționat de săvârșirea limitării concurenței libere, poate fi luat în considerație numai prejudiciul previzibil pentru orice persoană sfătuită de un om de specialitate;

6) în cazul infracțiunii de limitare a concurenței libere, legătura cauzală își atestă prezența dacă: fapta prejudiciabilă corespunzătoare a precedat obținerea profitului în proporții deosebit de mari sau cauzarea daunelor în proporții deosebit de mari; respectiva faptă prejudiciabilă a fost cauza necesară producerii urmărilor prejudiciabile sus-menționate; fapta prejudiciabilă descrisă în dispoziția art.246 CP RM a creat un pericol real de obținere a profitului în proporții deosebit de mari sau de cauzare a daunelor în proporții deosebit de mari; respectiva faptă prejudicială a transformat posibilitatea producerii urmărilor prejudiciabile sus-menționate în realitate.

Referințe:

1. Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рапога, А.И. Чучаева. – Москва: Инфра-М Контракт, 2006, с.277.
2. Moiseev D. Delimitarea șantajului de infracțiunea prevăzută la art.247 CP RM: asemănări și deosebiri privind obiectul infracțiunii // Analele științifice ale USM. Seria „Științe socioumanistice”. Vol.I. - Chișinău: CEP USM, 2006, p.476-479.
3. Федеральный закон от 26 июля 2006 г. №135-ФЗ «О защите конкуренции» // Российская газета, 2006, №4128.
4. Azema J. Le droit français de la concurrence. - Paris: PUF, 1989, p.304.
5. Voicu C., Boroi A., Molnar I., Gorunescu M., Corlățeanu S. Dreptul penal al afacerilor. - București: C.H. Beck, 2008, p.577.
6. Moșteanu T., Purcărea Th. Concurența. Ghidul afacerilor performante. - București: Editura Economică, 2005, p.185-186.
7. Уголовное право России. Общая и особенная части / Под ред. Н.Г. Кадникова. - Москва: Книжный мир, 2006, с.544; Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономики: авторский комментарий к уголовному закону. - Москва: Волтерс Клувер, 2007, с.363.
8. Moscalciuc I. Conceptul de piață și rolul acestuia în apărarea ordinii de drept împotriva infracțiunilor // Revista Națională de Drept, 2006, nr.11, p.48-51.
9. Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. - Москва: Юридическая литература, 1960, с.22.
10. Василиади А.Г. Обстановка совершения преступления и ее уголовно-правовое значение: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. - Москва, 1988, с.13.
11. Уголовное право. Общая Часть / Под ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамовой. - Москва: Норма-Инфра-М, с.107.
12. Энциклопедия уголовного права. Том 4. Состав преступления. - Санкт-Петербург: Издание профессора Малинина, 2005, с.478.
13. Еременко В.И. Антимонопольное законодательство зарубежных стран // Государство и право, 1995, №9, с.100-105.
14. Тотьев К.Ю. Уголовная ответственность за монополистическую деятельность // Хозяйство и право, 1998, №6, с.57-61.
15. Nota informativă la proiectul de Lege pentru modificarea și completarea Codului penal al Republicii Moldova // www.justice.gov.md

16. Veștile Sovietului Suprem și ale Guvernului RSS Moldovenești, 1985, nr.3.
17. Streteanu F. Drept penal. Partea Generală. - București: Rosetti, 2003, p.44.
18. Case of Öztürk v. Germany // <http://cmiskp.echr.coe.int>
19. Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика порушення антимонопольного законодавства // Вісник Запорізького державного університету, 2003, №1, с.35-41.
20. Brînză S., Ulianoschi X., Stati V. și alții. Drept penal. Partea Specială. - Chișinău: Cartier, 2005, p.448.
21. Berliba V., Cojocaru R. Semne obiective ale infracțiunii de practicare ilegală a activității de întreprinzător // Revista de științe penale, 2008-2009, p.11-27.
22. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2007, nr.112-116.
23. Иванов А.В., Назаренко Г.В. Моральный вред и имущественные преступления: вместе или порознь. - În: Научные труды Российской академии юридических наук. Вып.8, Том 3. - Москва: Юрист, 2008, с.166-172.
24. Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, 2007, nr.2, p.19.20.
25. Botezatu I. Unele considerații asupra urmărilor prejudiciabile produse în cazul infracțiunii de escrocherie (art.190 CP RM) // Revista Națională de Drept, 2010, nr.3, p.67-70.
26. Bîrsan C. Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole. Vol.I. Drepturi și libertăți. - București: ALL Beck, 2005, p.580.

Prezentat la 26.05.2010